

## University of Groningen

### Tekst en Uitleg VII

Zwalve, W.J.

**IMPORTANT NOTE:** You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

*Document Version*

Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*

2003

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Zwalve, W. J. (2003). *Tekst en Uitleg VII*. University of Groningen. Faculty of Law.

#### **Copyright**

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

#### **Take-down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

## Tekst & Uitleg

### VII

#### TEKST

D. 16,3,31,1

(Tryphoninus, *libro nono disputationum*)

(*post alia*) latro spolia quae mihi abstulit posuit apud Seium inscium de malitia deponentis: utrum latroni an mihi restituere Seius debeat? Si per se dantem accipientemque intuemur, haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is qui dedit: si totius rei aequitatem, quae ex omnibus personis quae negotio isto continguntur impletur, mihi reddenda sunt, quo facto scelestissimo adempta sunt. et probo hanc esse iustitiam, quae suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae iustiore repetitione. quod si ego ad petenda ea non veniam, nihilo minus ei restituenda sunt qui deposuit, quamvis male quaesita deposuit. quod et Marcellus in praedone et fure scribit.

Een dief heeft goederen die hij van mij heeft gestolen in bewaring gegeven aan Seius, die niet op de hoogte was van de misdaad van de bewaargever: moet Seius aan de dief, of aan mij afgeven? Als we alleen maar acht slaan op de afgever en de ontvanger, brengen de redelijkheid en billijkheid die bij de uitvoering van een overeenkomst in acht dienen te worden genomen met zich mee dat degene die heeft afgegeven de aldus toevertrouwde zaak weer in ontvangst neemt. Als rekening wordt gehouden met hetgeen wordt ingegeven door het rechtsgevoel, dat wordt bevredigd door rekening te houden met de belangen van alle bij de zaak betrokken personen, dan moeten die aan mij worden teruggegeven, aan wie ze door een zeer verwerpelijke daad zijn ontnomen. Ik denk dat de rechtvaardigheid ieder dusdanig het zijne geeft dat niemand de sterkere vordering kan worden onthouden. Maar als ik niet overga tot het instellen van een rechtsvordering, dan moeten ze toch worden teruggegeven aan de bewaargever, alhoewel hij onrechtmatig verkregen zaken in bewaring heeft gegeven. Marcellus schrijft dat ook over een rover en een dief

#### UITLEG

Claudius Tryphoninus was een van de meest vooraanstaande juristen van zijn tijd. Hij was een van de 'staatsraden' (*consilarii*) van keizer Septimius Severus (193 – 211) toen Papinianus onder die keizer het hoge ambt van *praefectus praetorio* ('eerste minister') bekleedde. In de *Decreta* van Paulus, de eerste echte jurisprudentieverzameling uit de

geschiedenis van het Romeinse recht, is een verslag overgeleverd van een zitting van de keizerlijke ‘Raad van State’ waarin Tryphoninus, samen met Papinianus en een andere bekende jurist, Publius Messius Saturninus, een belangrijke uitzondering formuleerde op het beginsel dat overeenkomsten slechts tussen partijen werken.<sup>1</sup> Hij was, evenals Papinianus en Paulus (en waarschijnlijk ook Ulpianus), een leerling van Quintus Cervidius Scaevola: er is ons een aantal aantekeningen (*notae*) bij de geschriften van Scaevola overgeleverd die aan Tryphoninus worden toegeschreven.<sup>2</sup> In de *Digesten* is slechts gebruik gemaakt van één van zijn boeken, de zogeheten *Disputationes*. De titel verwijst naar de voor klassieke Romeinse juristen typische verwevenheid van praktijk en onderwijs. Een rechtsgeleerd advies (*responsum*) werd namelijk in de regel ongemotiveerd gegeven: een cliënt wil over het algemeen geen uitvoerige juridische uitleg van zijn raadsman. De nadere juridische motivering van het advies werd daarom veelal *in disputando* gegeven<sup>3</sup>, dat wil zeggen bij de nabespreking die de rechtsgeleerde met zijn leerlingen hield. De bovenstaande tekst maakt onderdeel uit van een langere beschouwing van Tryphoninus<sup>4</sup> over de aard van de *bona fides*, de ‘goede trouw’, die de rechter in sommige - niet alle - gevallen bij de uitleg van een overeenkomst diende te betrekken. Bestaat die enkel en alleen uit de redelijkheid en billijkheid, of dient bij de invulling van deze open norm ook rekening te worden gehouden met de regels van het positieve recht? Bij de behandeling van deze vraag wijst de jurist erop dat de redelijkheid en billijkheid binnen een contractuele context in principe slechts betrekking hebben op hetgeen *tussen partijen* rechtens is: de belangen van *derden* dienen bij de invulling ervan in beginsel geen rol te spelen. Ter nadere illustratie wijst hij op een voorbeeld dat verband houdt met de overeenkomst van bewaargeving.

Het contract van bewaargeving (*depositum*) was één van de overeenkomsten die door de Romeinse rechter dienden te worden getoetst aan de *bona fides*.<sup>5</sup> De rechtsgrond van de afdwingbaarheid ervan was oorspronkelijk zelfs *uitsluitend* in die *bona fides* gelegen.<sup>6</sup> De vraag rijst dan hoever die toetsing aan de redelijkheid en billijkheid, juist bij dit soort overeenkomsten, gaat. Kunnen daarbij ook de belangen van derden worden betrokken? Neem, bijvoorbeeld, het geval waarin een gestolen zaak in bewaring is gegeven en de bewaarnemer naderhand niet alleen op de hoogte is geraakt van de criminele herkomst van de bij hem gedeponeerde zaken, maar zelfs van de identiteit van de eigenaar ervan.

<sup>1</sup> D. 49,14,50 (Paulus). Zie daarover mijn *Keizers, soldaten en juristen*, Deventer 1998, p. 40-41.

<sup>2</sup> Zie de verwijzingen bij O. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis* II, Leipzig 1889 (Graz 1960), p. 378 (3).

<sup>3</sup> Zie Paulus in D. 28,2,19.

<sup>4</sup> Zie, over de rechtsbeschouwelijke achtergronden van Tryphoninus’ betoog, de uiteenzettingen van P. Cerami, ‘“Ordo legum” e “iustitia” in Claudio Trifonino’, in *Annali del seminario giuridico della Università di Palermo* 40 (1988).

<sup>5</sup> Zie de opsomming daarvan in Inst. 4,6,28.

<sup>6</sup> Zie daarvoor, in plaats van anderen, M. Kaser, *Das römische Privatrecht* I, München 1971, p. 486.

## TEKST EN UITLEG

Schendt hij in zo'n geval niet zijn zorgvuldigheidsplicht jegens de eigenaar door aan de bewaargever terug te geven wat aan de bestolene toekomt? De vraag<sup>7</sup> was al eens eerder opgeworpen door Ulpus Marcellus, die een generatie ouder was dan Tryphoninus: hij was 'staatsraad' onder keizer Marcus Aurelius.<sup>8</sup>

### D. 13,6,16

(Marcellus, *libro quinto Digestorum*)

(...) si fur vel praedo commodaverit, habeat commodati actionem.	Als een dief of een rover een zaak in bruikleen heeft gegeven, kan hij met vrucht een actie op grond van bruikleen instellen.
--	---

De context van Marcellus' vaststelling kan niet worden gereconstrueerd, maar het is duidelijk dat hij van mening was dat het de bruikleener niet vrij stond om zich te beroepen op het gegeven dat er een derde bestond die een beter recht op de zaak had dan zijn contractspartij en dat diens belangen werden geschaad door de zaak aan de bruikleengever terug te geven. De *bona fides* impliceerde, met andere woorden, *niet* dat de buitencontractuele zorgvuldigheidsnorm in zo'n geval prevaleerde boven de contractuele. De reden waarom dat het geval is, verduidelijkt de juistheid van Tryphoninus' suggestie dat bij de concrete invulling van open normen, zoals die van de *bona fides* en de redelijkheid en billijkheid, rekening moet worden gehouden met de regels van het *positieve* recht. De dief (of zijn rechtsverkrijgende) immers was naar het Romeinse recht niet alleen aansprakelijk jegens de eigenaar op grond van zijn onrechtmatige daad (de *actio furti*), maar kon bovendien worden aangesproken met de revindicatie of zelfs een *persoonlijke* rechtsvordering tot teruggave van de gestolen zaak (of betaling van de geschatte waarde ervan), de zogeheten *condictio furtiva*.<sup>9</sup> Ook een dief had (en heeft) daarom een op geld waardeerbaar belang bij teruggave van door hem gedeponeerde of in bruikleen gegeven zaken; daardoor kon hij zich immers zonder een vermogensoffer zijnerzijds kwijten van zijn verplichtingen jegens de bestolene.

Naar de begrippen van het Romeinse recht was de delictuele rechtsvordering, de *actio furti*, niet in eerste instantie gericht op schadevergoeding, maar op vergelding, dat wil zeggen de betaling van een boete (*poena*), die cumuleerde met de gewone, op schadevergoeding

---

<sup>7</sup> G. Gandolfi, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milaan 1976, bevat geen relevante informatie over de hier aan de orde zijnde vragen.

<sup>8</sup> Zie D. 28,4,3.

<sup>9</sup> Gaius 4,4, die zich erover verbaast dat een *eigenaar*, naast de revindicatie, in de plaats daarvan een op eigendomsoverdracht gerichte persoonlijke (en in wezen verrijkingsrechtelijke) rechtsvordering tegen de dief kan instellen. Men bedenke echter dat de dief lang niet altijd meer in het bezit is van de zaak (en daarmee niet meer voldoet aan de passieve legitimatie tot de revindicatie); hij blijft dan echter aansprakelijk met de *condictio furtiva*.

gerichte reïpersecutoire rechtsvorderingen, zoals de revindicatie of de *condictio furtiva*. De *delictuele* aansprakelijkheid op grond van de *actio furti* verviel bij de dood van de ‘delinquent’; de aansprakelijkheid op grond van de revindicatie en die op grond van verrijking (*condictio furtiva*) ging over op de opvolgers onder algemene titel van de ‘delinquent’.<sup>10</sup>

Dit is de achtergrond van een korte beschouwing van Ulpianus:

D. 5,1,64 pr.

(Ulpianus, *libro primo Disputationum*)

Non ab iudice doli aestimatio ex eo quod interest fit, sed ex eo quod in litem iuratur: denique et praedoni depositi et commodati ob eam causam competere actionem non dubitatur.

De schatting van de schade die het gevolg is van boos opzet geschiedt niet door de rechter op basis van het belang, maar op grond van een onder ede afgelegde verklaring van de eiser: daarom wordt niet betwijfeld dat ook een rover met vrucht een actie op grond van bewaargeving of bruikleen kan instellen.

De bovenstaande tekst is nauwelijks te begrijpen, wanneer men niet weet dat elke Romeinse procedure, ongeacht de aard van de vordering, krachtens het principe *omnia iudicia pecuniaria* (‘alle vonnissen dienen in geld te worden uitgedrukt’), resulteerde in een veroordeling tot een geldsom.<sup>11</sup> Een bewaarnemer of bruiklenner die weigerde aan hem in bewaring of in bruikleen gegeven zaken terug te geven, werd daarom niet veroordeeld tot nakoming, dat wil zeggen tot teruggave, maar tot schadevergoeding. Er moest dus in iedere procedure worden vastgesteld hoe groot de schade van de eiser was als de gedaagde niet voldeed aan zijn verplichtingen. Daarbij lag het voor de hand, dat een gedaagde betoogde dat een eiser in het geheel geen vermogensschade had geleden doordat hij de zaken niet teruggaf die deze bij hem had gedeponneerd of aan hem in bruikleen had gegeven en wel omdat de eiser geen eigenaar van die zaken was. Een dergelijk verweer werd door de Romeinse juristen als *doleus* aangemerkt; het zou immers, als daaraan gevolg werd gegeven, impliceren dat de eiser in een gewone contractuele vordering in feite de onaantrekkelijke bewijslast van de eiser in een revindicatie werd opgelegd. Daarom werd aan de eiser in ten principale op restitutie gerichte contractuele rechtsvorderingen - zoals de acties uit bewaargeving en bruikleen - de mogelijkheid geboden om, bij weigering tot afgifte van de zijde van de gedaagde, zijn vermogensrechtelijk belang éézijdig vast te stellen door middel van een onder ede afgelegde verklaring (*iusiurandum in litem*).<sup>12</sup> Daarom, aldus Ulpianus, kan óók een dief met vrucht een vordering instellen tegen iemand aan wie hij een door hem gestolen zaak in bewaring heeft gegeven. Tryphoninus

<sup>10</sup> Zie D. 4,2,16,2 (Ulpianus).

<sup>11</sup> Gaius 3,180.

<sup>12</sup> Zie daarover, in plaats van anderen, M. Kaser/K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, (tweede druk) München 1996, p. 337 – 338.

## TEKST EN UITLEG

deelt die opvatting, maar benadrukt dat óók de eigenaar in rechte kan optreden tegen de bewaarnemer en dat, in hun onderlinge verhouding, de revindicatie van de eigenaar prevaleert boven de actie uit bewaargeving van de dief, zodat de *iustior repetitio* uiteindelijk zegeviert.<sup>13</sup>

Er dient op te worden gewezen dat de vraag of een eigenaar een revindicatie tegen een houder kon instellen<sup>14</sup>, een vraag die honderd jaar vóórdien nog omstreden was<sup>15</sup>, in Tryphoninus' tijd bevestigend werd beantwoord.<sup>16</sup> Zijn tijdgenoot Ulpianus laat er geen twijfel over bestaan dat de revindicatie kan worden ingesteld tegen ieder die de feitelijke heerschappij over de zaken van de eigenaar had.<sup>17</sup> Honderd jaar later werd door keizer Constantijn een regeling ingevoerd dat de gedaagde die een blote houder was het geding kon afwentelen op de bezitter door diens naam op te geven aan de eiser.<sup>18</sup>

Een en ander betekent natuurlijk niet dat op de houder, de bewaarnemer, de juridische verplichting drukt de bij hem gedeponeerde gestolen zaak aan de eigenaar af te geven, maar slechts dat hij die aan de eigenaar en niet aan de bewaargever moet afgeven als de eigenaar met vrucht een revindicatie heeft ingesteld, hetzij tegen hemzelf, hetzij tegen de dief als bezitter. Een enkel *verbod* van de eigenaar aan de houder om de zaak aan de bewaargever af te geven, ontslaat de houder niet van zijn contractuele verplichting jegens zijn contractspartij.

Dit is de conclusie die reeds in de Middeleeuwen<sup>19</sup> werd verbonden aan de bepaling van Nov. 88. In C. 4,34,11,3 namelijk had Justinianus bepaald dat een bewaarnemer zich tegen de vordering tot afgifte van de bewaargever kon verzetten door zich te beroepen op een schriftelijke kennisgeving (*attestatio*) van een derde die een verbod bevatte de zaak aan de bewaargever af te geven, tenzij de bewaargever zekerheid bood dat hij de bewaarnemer schadeloos zou stellen als deze door die derde werd aangesproken op grond van het feit hij de onder hem gedeponeerde zaak in weerwil van het daarop gelegde 'beslag' aan de bewaargever had afgegeven. In Nov. 88 werd die bepaling gecorrigeerd doordat dergelijke rauwelijks gelegde 'beslagen' werden verboden.<sup>20</sup> De bewaarnemer moest daarom de onder

---

<sup>13</sup> Aldus reeds Azo, *Summa Codicis*, ad 4,34 (*Depositi*), no 12 (ed. Venetië 1596, col. 381).

<sup>14</sup> De gedachte van Cerami, "Ordo legum" e "iustitia" (zie hierboven n. 4), p. 22, dat in dit geval géén revindicatie, maar een *actio depositi utilis* door de eigenaar zou zijn ingesteld, komt mij tamelijk gezocht voor.

<sup>15</sup> Zie de opvatting van de eerste-eeuwse jurist Pegasus in D. 6,1,9.

<sup>16</sup> Kaser, *Das römische Privatrecht* I, p. 433. Anders N.C. Kist, *De verweerder in het eigendomsproces naar Romeinsch recht*, Leiden 1914. M. Marrone, *La legittimazione passiva alla 'rei vindicatio'*, Palermo 1970, was mij niet toegankelijk.

<sup>17</sup> D. 6,1,9 (Ulpianus): puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse. Zie ook C. 3,42,8 (Diocletianus (293)).

<sup>18</sup> C. 3,19,2 (331).

<sup>19</sup> Zie de Gl. 'Mihi reddenda' op D. 16,3,31,1.

<sup>20</sup> Zie ook N. Van der Wal, *Manuale Novellarum*, (tweede druk) Groningen 1998, no 1057 (p. 161). Van der Wal merkt daar (n. 7) op dat hij niet begrijpt waarom aan dergelijke *attestationes* vóór de uitvaardiging van Nov. 88 'zakelijke' werking was verbonden. Ik denk dat men die moet zien als onze

## ZWALVE

hem gedeponeerde zaken op diens verzoek afgeven aan de bewaargever, *tenzij* de eigenaar met vrucht de revindicatie had ingesteld.

Dit doet de vraag rijzen of de bewaarnemer verplicht is de eigenaar erop te wijzen dat hij in het bezit is van diens zaak. Over deze vraag laat Tryphoninus zich slechts in algemene zin uit, alhoewel hij impliceert dat het de zedelijke plicht van de bewaarnemer is om de eigenaar in staat te stellen zijn zaak terug te krijgen. Het is Pothier geweest die de volle omvang van deze norm heeft bepaald in het geval van bewaargeving. Hij wijst er in zijn *Digestencommentaar* uitdrukkelijk op dat de bewaarnemer de gedeponeerde zaken af moet geven aan de bewaargever, zelfs wanneer hij weet dat er een derde is met een beter recht op de zaak.<sup>21</sup> In zijn *Traité du contrat de dépôt* werkt hij de verplichting van de bewaarnemer ten opzichte van de eigenaar uit.

‘Observez que le dépositaire remplit tout justice, et satisfait à ce qu’on doit au propriétaire de la chose, par l’avis qu’il lui donne, que la chose qui lui a été volée est entre ses mains: il n’est pas obligé de la lui rendre, jusqu’à ce que ce propriétaire ait fait ordonner que la chose lui seroit restituée par un jugement rendu avec celui qui l’a donnée en dépôt, lequel, sur la revendication faite sur le dépositaire, doit être mise en cause par ce dépositaire. Il ne seroit pas juste que le dépositaire s’exposât à un proces en la rendant au propriétaire avant que d’en être déchargé envers celui qui la lui a donnée en dépôt, par un jugement rendu avec celui. C’est pourquoi, si le propriétaire de la chose à qui elle a été volée, néglige l’avis que le dépositaire lui a donné, et ne reclame pas aussitôt la chose, le dépositaire pourra la rendre à celui qui la lui a donnée en dépôt, lorsqu’il la lui demandera’.<sup>22</sup>

Deze beschouwingen van ‘l’auteur anonyme du Code’ hebben hun weg gevonden in de Code civil. Art. 1938 Cc luidt als volgt:

(Le dépositaire) ne peut pas exiger de celui qui a fait le dépôt, la preuve qu’il était propriétaire de la chose déposée.  
Néanmoins, s’il découvre que la chose a été volée, et quel en est le propriétaire, il doit dénoncer à celui-ci le dépôt qui lui a été fait avec sommation de le réclamer dans un délai déterminé et suffisant. Si celui auquel la dénonciation a été faite, néglige de réclamer le dépôt, le dépositaire est valablement déchargé par la tradition qu’il en fait à celui duquel il l’a reçu.

Uiteraard vond deze bepaling ook haar weg in het Oude BW. Art. 1757 OBW luidde als volgt:

(De bewaarnemer) kan van degene die de zaak in bewaring gegeven heeft, geen bewijs vorderen, dat deze de eigenaar van dezelve is.

---

beslagen. Omdat wij over het Romeinse beslagrecht tamelijk slecht zijn ingelicht, blijft het echter gissen. Zie overigens, voor een door de Romeinse fiscus op deze wijze gelegd ‘beslag’, D. 18,3,8.

<sup>21</sup> *Pandectae Justinianae* (ed. Parijs 1818), Dig. 16,3, Sect. I, art. ii, no xiii.

<sup>22</sup> R.-J. Pothier, *Traité du contrat de dépôt*, no 50 (*Oeuvres de Pothier* VI (ed. Parijs 1819), p. 289-290), uiteraard onder verwijzing naar Tryphoninus’ beschouwingen in D. 16,3,31.

## TEKST EN UITLEG

Indien hij niettemin ontdekt, dat het goed is gestolen en wie daarvan de wezenlijke eigenaar is, moet hij dezen kennis geven dat hetzelfde goed bij hem in bewaring gesteld is, met aanzegging om hetzelfde binnen een bepaalden en genoegzamen tijd op te eischen. Indien degene, aan wie de aanzegging gedaan is, verzuimt het in bewaring gestelde goed terug te eischen, is de bewaarnemer wettiglijk ontslagen door de overgave van hetzelfde goed aan degene, van wie hij zulks ontvangen heeft.

In de eeuwen die zijn verstreken sinds Tryphoninus μάλα φιλοσοφικῶς<sup>23</sup> terloops, want slechts bij wijze van voorbeeld, zijn beschouwingen over de rechtspositie van een bewaarnemer ten beste gaf, is men – althans ten onzent – vergeten in welk breder verband het betoog van de Romeinse jurist was geplaatst. Zo spreekt, bijvoorbeeld, Kamphuisen, naar aanleiding van de bepaling van art. 1757, lid 2 OBW, over ‘een zeer bijzondere plicht’ en nog wel een ‘verplichting ex lege’.<sup>24</sup> Bovendien acht hij de bepaling, gelet op het ‘bijzondere’ karakter ervan, niet wel voor analoge toepassing vatbaar. Van hetzelfde onbegrip getuigt de uiteenzetting van de wetgever van het nieuwe BW, waarin een bepaling als die van art. 1757, lid 2 OBW niet meer voorkomt:

‘De moeilijkheden die kunnen rijzen wanneer iemand die een zaak van een ander onder zich heeft gekregen, ontdekt dat deze eigendom is van een derde van wie zij is gestolen, doen zich niet uitsluitend voor als die houder een bewaarnemer is, en, indien hij dat niet is, is daarvoor in het geldende wetboek ook geen regel te vinden. Dat dit tot bezwaren aanleiding heeft gegeven, is niet gebleken en blijkbaar kunnen zij dus zonder steun van een wettelijke bepaling worden opgelost. Er is derhalve geen reden zodanige wettelijke bepaling wel voor de bewaarneming te geven’.<sup>25</sup>

Tryphoninus daarentegen behandelde het geval slechts als een incidentele concretisering van hetgeen de zorgvuldigheid, die in het maatschappelijke verkeer betamelijk is, met zich kan brengen. Aan de bepaling van art. 1938 Cc/BW en die van art. 1757 OBW ligt de gedachte ten grondslag dat *iedere* houder, die weet dat zaken die hij onder zich heeft zijn gestolen en die bekend is met de identiteit van de eigenaar, maar ze desondanks teruggeeft aan degene die ze aan hem heeft afgegeven, zonder de eigenaar daarvan in kennis te stellen, zich schuldig maakt aan een onrechtmatige daad jegens de eigenaar: hij had de eigenaar in kennis moeten stellen van het feit dat zijn zaken zich onder hem bevonden. Men kan zich tegen die vordering uit onrechtmatige daad niet verweren door er op te wijzen dat men verplicht was de zaak aan de contractspartij terug te geven, evenmin

---

<sup>23</sup> Aldus U. Huber, *Praelectiones Iuris Civilis* I (ed. Leipzig 1725) ad Inst. 3,15, no 14.

<sup>24</sup> Asser-Kamphuisen, *Bijzondere overeenkomsten*, Zwolle 1960, p. 611. Zo ook nog Asser-Kleijn, *Bijzondere overeenkomsten* IV, Zwolle 1988, no 22 (p. 21).

<sup>25</sup> *Parlementaire Geschiedenis* Boek 7, p. 388. De wettelijke bepaling aan de hand waarvan problemen als dat van art. 1757, lid 2 OBW onder de vigueur van het nieuwe BW kunnen (en moeten) worden opgelost is die van art. 6:162 BW. Men had voor de afschaffing van de bijzondere bepaling van art. 1757, lid 2 OBW eenvoudig naar dat artikel kunnen verwijzen. De afschaffing van de bepaling van art. 1757, lid 2 OBW is overigens geheel in de geest van Tryphoninus: hij zou haar overbodig hebben gevonden, zoals Romeinse juristen vele andere bepalingen in het Nederlandse wetboek (en in andere Europese codificaties) overbodig zouden hebben gevonden.



## ZWALVE

als men zich tegen de vordering van de laatstgenoemde kan verweren door er op te wijzen dat er een derde is met een beter recht op de zaak dan de eiser. Aldus beschouwd, heeft het betoog van Tryphoninus niets aan betekenis ingeboet. Art. 6:2 BW immers verwijst, via art. 3:12 BW, direct naar de mogelijkheid dat, ter nadere bepaling van hetgeen de redelijkheid en billijkheid tussen schuldeiser en schuldenaar met zich meebrengen, naar de ‘persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken’. Dat kunnen naar mijn gevoelen (en dat van Tryphoninus) slechts de belangen van de contractspartijen zijn, al was het slechts omdat die van derden niet mogen worden betrokken (en afgewogen) in een procedure waarbij die géén partij zijn.

## NASCHRIFT

Ik werd aan Tryphoninus’ betoog herinnerd, toen mij recentelijk de uitspraak van de Engelse Court of Appeal in de zaak *Marcq v. Christie, Manson & Woods Ltd.*<sup>26</sup> onder ogen kwam. Het ging daarbij om het volgende.

De heer Schuenemann was in het bezit van een schilderij, de ‘Trik-trak spelers’, van de Leidse schilder Jan Steen, dat hij in juli 1997 aan Christies in Londen aanbood om het voor hem te verkopen. Het schilderij was in 1979 gestolen uit het huis van de eiser, Marcq. In de procedure stond de goede trouw van zowel Christies als Schuenemann feitelijk vast. De Jan Steen blijkt op de veiling onverkoopbaar en het schilderij wordt daarop door Christies teruggegeven aan Schuenemann. Enige tijd later wordt Christies aangesproken door de eigenaar, Marcq, op grond van de ‘tort of conversion’.

In de daarop volgende procedure stond een vraag centraal, die ook hierboven werd gesteld: onder welke omstandigheden handelt een houder onrechtmatig jegens de eigenaar door een zaak terug te geven aan een deponent die geen beter recht op de zaak heeft dan de eigenaar? De eerste reactie van een Nederlandse jurist op een vraag als deze betreft de kennis van de houder: wist hij dat het schilderij was gestolen? Zo ja, dan handelt hij onrechtmatig jegens de eigenaar door deze niet op de hoogte te stellen van het feit dat het schilderij zich onder hem bevindt.

De diefstal van de Jan Steen was door Marcq aangegeven en het schilderij was vóór 1997 als gestolen gemeld op de ‘Art Loss Register’, een ‘database’ van gestolen kunstwerken.<sup>27</sup> Het is ietwat vreemd dat een belangrijke ‘auctioneer’ als Christies niet op de hoogte was van de diefstal van het aangeboden schilderij. Inderdaad was in eerste aanleg ook betoogd dat Christies wist dat het schilderij gestolen was. Er was zelfs een daartoe strekkende bewijsopdracht aan de eiser gegeven, maar deze was daar niet op ingegaan, zodat verder moest worden aangenomen dat Christies niet wist dat het schilderij was gestolen. De zaak bevat overigens een fraai voorbeeld van de bijzondere lijdelijkheid van de Engelse rechter die niet ambtshalve rechtsgronden pleegt aan te vullen. Zij had namelijk naar mijn gevoelen kunnen worden afgedaan door er op te wijzen dat de eiser, Marcq, geen vermogensrechtelijk

---

<sup>26</sup> [2003] 3 All ER 561.

<sup>27</sup> Zie de web-site op [www.artloss.com](http://www.artloss.com).

## TEKST EN UITLEG

belang meer had bij de zaak, omdat hij door de werking van de ‘statute of limitations’ de eigendom inmiddels had verloren aan degene die daarvan op het tijdstip van de verjaring van de terugvorderingsactie de zogeheten ‘adverse possession’ had.<sup>28</sup> Omdat echter het punt niet naar voren was gebracht, zwijgt de rechter erover.

In het Engelse recht ligt dat antwoord minder voor de hand, niet in de laatste plaats omdat delictuele rechtsvorderingen, zoals in het bijzonder de ‘tort of conversion’, in het Anglo-Amerikaanse recht dikwijls een geheel andere functie hebben dan de vordering uit onrechtmatige daad in continentaal-Westeuropese rechtsstelsels. Men dient namelijk te bedenken dat de ‘common law’ géén met de Romeinsrechtelijke revindicatie te vergelijken zakelijke rechtsvordering kent, waarmee een eigenaar afgifte van zijn zaken kan vorderen.<sup>29</sup> Daartoe dient een aantal vorderingen uit onrechtmatige daad, zoals de ‘tort of trespass’ (onroerende zaken) en de ‘tort of conversion’ (roerende zaken).

Oorspronkelijk kon men daarom met deze rechtsvordering géén afgifte, maar slechts schadevergoeding vorderen. Met de bijzonderlijk op de ‘revindicatie’ van onroerende zaken toegesneden ‘trespass’-actie (‘ejectment’), kon men echter al sinds 1500 (*Gernes v. Smith*) óók ontruiming vorderen. In 1854 werd bij de ‘Common Law Procedure Act’ de mogelijkheid van een vordering tot afgifte (‘specific restitution’) geopend voor de op de ‘revindicatie’ van roerende zaken toegesneden ‘tort’-acties, zoals de ‘tort of conversion’. De lezer merke op dat de ‘common law’ daarmee (noodzakelijkerwijze overigens) veel eerder tegemoet kwam aan de behoefte van een veroordeling tot schadevergoeding ‘in natura’ dan het Nederlandse recht, dat die mogelijkheid pas opende in 1967.<sup>30</sup>

Dit is één van de redenen waarom de begrippen ‘schuld’ en ‘schade’ in de Anglo-Amerikaanse ‘law of torts’ zo dikwijls een geheel andere rol spelen dan in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht. Men bedenke dat ook in ons recht bij de revindicatie *niet* aan de orde is of de eiser schade heeft geleden en of de gedaagde weet dat de zaak die hij onder zich heeft van de eiser is.

De hierboven geschetste bijzondere functie van het Anglo-Amerikaanse ‘tort’-recht ligt mede ten grondslag aan een rechtsregel die in de zaak *Marcq v. Christie, Manson & Woods Ltd.* een belangrijke rol speelde, te weten Baron Cleasby’s ‘rule’ in *Fowler v. Hollins*.<sup>31</sup>

In deze zaak had de handelaar Fowler een hoeveelheid Amerikaans katoen verkocht en geleverd aan Bailey, die zich bedrieglijk afficheerde als vertegenwoordiger van de handelaar Seddon. Bailey verkocht de katoen aan Hollins, die het weer doorverkocht en leverde aan een textielfabrikant. Door het bedrog van Bailey was er geen sprake van een geldige overeenkomst van koop en verkoop en geen geldige overdracht van de katoen. Fowler, die géén betaling had ontvangen van de inmiddels failliet verklaarde Bailey, vorderde van

<sup>28</sup> Zie hierover Uniken Venema-Zwalve, *Common Law en Civil Law*, Deventer 2000, p. 106 – 109.

<sup>29</sup> Zie bij het volgende Uniken Venema-Zwalve, *Common Law en Civil Law*, p. 180 e.v., alsmede p. 394 e.v.

<sup>30</sup> HR 17 november 1967, NJ 1968, 42 (Pos/Van den Bosch).

<sup>31</sup> (1872) 7 QB 616; bevestigd in *Hollins v. Fowler* (1875) LR 7 HL 757; [1874-80] All ER Rep. 118.

## ZWALVE

Hollins schadevergoeding op grond van wat nu de ‘tort of conversion’ heet, omdat die onbevoegd over zijn eigendommen had beschikt. Men bedenke daarbij dat de ‘common law’ in principe géén bescherming verleent aan een derde-verkrijger te goeder trouw van roerende zaken.

De gedaagde in deze procedure beriep er zich op dat hem geen enkele blaam trof, omdat hij in het geheel niet op de hoogte was van het feit dat hij andermans goederen had doorverkocht en geleverd aan derden; hij dacht immers dat hij zelf eigenaar was. Dit verweer werd afgewezen:

‘The action of trover<sup>32</sup> is not founded upon contract or upon any particular relation of the parties, but upon property, and supposes the owner to have lost the goods, as the plaintiffs may in some sense be said to have done in this case; and the liability under it is founded upon what has been regarded as *a salutary rule for the protection of property, namely, that persons deal with the property in chattels or exercise acts of ownership over them at their peril*’.<sup>33</sup>

De in het bovenstaande citaat cursief weergegeven ‘rule’ in *Fowler v. Hollins* creëert een vorm van ‘strict liability’ op grond waarvan *iedere* bezitter van roerende zaken, inclusief een bezitter te goeder trouw en zelfs een houder die dergelijke zaken uit andere handen dan die van de eigenaar heeft ontvangen, jegens de eigenaar aansprakelijk is op grond van het enkele feit dat hij heeft beschikt over diens goederen.<sup>34</sup>

De vraag was nu of de teruggave van de Jan Steen door Christies aan de heer Schuenemann kon worden opgevat als ‘conversion’. Tryphoninus zou deze vraag ontkennend hebben beantwoord en wel omdat Christies contractueel was verplicht het schilderij weer af te geven aan de inbrenger als het doek niet verkocht kon worden. Het veilinghuis maakte zich bovendien ook niet schuldig aan een onrechtmatige daad jegens de eigenaar, omdat het van diens bestaan niet op de hoogte was. Het aardige van de zaak is dat de Court of Appeal, ondanks de inspanningen van de voor de eigenaar optredende ‘barrister’ Norman Palmer, één van de grootste kenners van het Engelse ‘personal property’-recht, van hetzelfde gevoelen was. Weliswaar kan ook een bezitter te goeder trouw aansprakelijk worden gesteld onder de ‘rule’ in *Fowler v. Hollins*, maar Christies was een ‘bailee’ - wij zouden zeggen een houder - die niet in goederenrechtelijke zin had beschikt over andermans goed, maar eenvoudig had voldaan aan zijn contractuele verplichtingen jegens de ‘bailor’, Mr Schuenemann, door het schilderij aan hem terug te geven. Uiteraard zou het veilinghuis aansprakelijk zijn geweest als het de Jan Steen inderdaad had verkocht en overgedragen aan een derde, maar dat was nu juist *niet* gebeurd. De vordering van de eigenaar werd daarom afgewezen:

---

<sup>32</sup> De voorloper van de tegenwoordige ‘tort of conversion’.

<sup>33</sup> *Fowler v. Hollins* (1872) QB 616, op p. 639, bij monde van Baron Cleasby (cursivering toegevoegd).

<sup>34</sup> Zie, in plaats van anderen, P. Birks (ed.), *English Private Law II*, Oxford 2000, p. 502 – 503 (J. Davies). De ‘rule’ in *Fowler v. Hollins* is onlangs nog bevestigd door de House of Lords in de belangrijke zaak *Kuwait Airways Corp. v. Iraqi Airways Co.* (No. 3) [2002] 3 All ER 209.

## TEKST EN UITLEG

‘Auctioneers such as Christies must of course take care to avoid dealing with works of doubtful title since they will be strictly liable if they sell on behalf of anyone other than the true owner, but that is not a policy reason for making them liable when they do not sell and simply return the goods to their client in good faith and without notice of the true owner’s interest’.<sup>35</sup>

Tot slot rest nog de hypothetische vraag wat in de zaak rechtens zou zijn geweest als Christies het schilderij zou hebben teruggegeven aan de inbrenger, terwijl het veilinghuis op de hoogte was van de identiteit van de eigenaar. Enige opmerkingen van Lord Justice Tuckey in deze zaak maken het mogelijk daaromtrent een uitspraak te doen. De aansprakelijkheid van Christies zou, óók in dit hypothetische geval, niet kunnen worden gegrondvest op ‘conversion’ en wel omdat er ook in dit geval geen sprake is van een *beschikking* in de zin van deze ‘tort’. Het optreden van Christies kan echter worden gebracht onder de werkingssfeer van een *andere* ‘tort’, te weten de ‘tort of negligence’, die is gebaseerd op de ‘duty of care’, de zorgvuldigheidsnorm die ten onzent werd geïntroduceerd in het beroemde arrest *Lindenbaum/Cohen*<sup>36</sup> en in Engeland in de niet minder beroemde uitspraak *Donoghue v. Stevenson*.<sup>37</sup> De vraag is daarom of een houder, die weet dat hij de goederen van een derde onder zich heeft, een ‘duty of care’ heeft ten aanzien van de eigenaar en of hij die schendt als hij de onder hem gedeponeerde zaken afgeeft aan zijn contractspartij zonder de eigenaar in staat te stellen zijn rechten uit te oefenen. Ik denk die vraag bevestigend te kunnen beantwoorden.

In de loop van zijn weerlegging van het indrukwekkende betoog van de ‘barrister’ Palmer, verwerpt Lord Justice Tuckey diens stelling

‘that an agent who receives goods from someone who is their apparent owner and later returns them to him owes <a> duty to their true owner to investigate title *in the absence of anything to put him on enquiry*’.<sup>38</sup>

In het hier aan de orde zijnde hypothetische geval evenwel is de houder wel degelijk op de hoogte van het feit dat zijn contractspartij niet de eigenaar is van de aan hem toevertrouwde goederen. Deze vaststelling doet, natuurlijk, de volgende vraag rijzen.

Kan een houder zich op het bestaan van het betere recht van een derde beroepen door afgifte te weigeren aan zijn contractspartij wanneer deze hem daarom verzoekt? Naar wij hierboven zagen, beantwoorden het Romeinse recht en het huidige Nederlandse, Franse en Belgische recht die vraag ontkennend. Dat doet ook de ‘common law’, die al eeuwen

---

<sup>35</sup> *Marcq v. Christie, Manson & Woods Ltd.* [2003] 3 All ER 561, bij monde van Lord Justice Tuckey op p. 576.

<sup>36</sup> HR 31 januari 1919, W. 10365

<sup>37</sup> [1932] AC 562; [1932] All ER Rep. 1.

<sup>38</sup> *Marcq v. Christie, Manson & Woods Ltd.* [2003] 3 All ER 561, bij monde van Lord Justice Tuckey op p. 575 (cursivering toegevoegd).

het beginsel hanteert dat de gedaagde in een vordering tot afgifte zich jegens de eiser nimmer kan beroepen op het bestaan van een beter recht van een derde (*ius tertii*).<sup>39</sup> Christies had zich dus in geen geval met vrucht kunnen verweren tegen de vordering tot afgifte van zijn contractspartij, een gegeven dat weliswaar niet met zoveel woorden heeft bijgedragen aan de uiteindelijke beslissing van de Court of Appeal, maar dat desalniettemin het vermelden waard is. De afgifte van het schilderij is daarom - op zichzelf genomen - geen onrechtmatige daad jegens de eigenaar ervan, maar het wordt er één wanneer men dat doet in het volle besef van de identiteit van de eigenaar en het feit dat daardoor diens mogelijkheden om zijn rechten uit te oefenen nadelig worden beïnvloed. De 'duty of care' die de houder jegens de eigenaar heeft, bestaat er dus niet uit dat hij afgifte moet weigeren - dat kan hij niet -, maar dat hij de eigenaar in staat moet stellen zijn rechten uit te oefenen door hem kennis te geven dat zijn goederen zich onder hem bevinden. Pothier was van hetzelfde gevoelen en zoiets is van belang in een Engels hof:

'the authority of Pothier is expressly in point. That is as high as can be had, next to the decision of a Court of Justice in this country'.<sup>40</sup>

Zo zien wij dat zowel in de 'common law' als in de 'civil law' een algemene zorgvuldigheidsnorm bestaat die niet kan worden terzijde geschoven door een beroep te doen op contractuele verplichtingen of de redelijkheid en billijkheid. Het was deze verhouding tussen de zorgvuldigheidsnorm en de contractuele redelijkheid en billijkheid die in Tryphoninus' betoog centraal stond. Dát betoog staat nog steeds.

W.J. Zwalve

Leiden  
November 2003

---

<sup>39</sup> *Armory v. Delamirie* (1722) 1 Stra. 505; 93 E(nglish) R(eports) 664; [1558-1774] All ER Rep. 121, onlangs nog bevestigd in de spectaculaire zaak *Costello v. Chief Constable of Derbyshire Constabulary* [2001] 3 All ER 150.

<sup>40</sup> *Cox v. Troy* (1822) 5 B. & Ald. 474, op p. 480; 106 ER 1264, op p. 1266, bij monde van Lord Justice Best.